

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN



-Sala No. 1 de Decisión Penal-

Magistrada Ponente:

MARIA CONSUELO CÓRDOBA MUÑOZ

Proyecto discutido y aprobado según Acta No. 014

Popayán, diecisiete (17) de enero dos mil veintitrés (2023)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Revisar en segunda instancia, con fundamento en la impugnación que formuló la accionante Isabel Cristina Solarte Salazar, la sentencia del 17 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Popayán, Cauca, a través de la cual declaró improcedente la demanda interpuesta por la antes citada contra la Comisión Nacional de Servicio Civil - CNSC- y la Universidad Libre.

HECHOS

Fueron sintetizados en el fallo que se revisa así:

“La señora ISABEL CRISTINA SOLARTE SALAZAR, indica que, por medio del acuerdo No. 0354 de 2020 del 28 de noviembre de 2020, se establecieron las reglas del concurso abierto de méritos y se convocó para proveer de manera definitiva (259) doscientas cincuenta y nueve vacantes de la planta de personal de la Agencia de Renovación del Territorio, a través del proceso denominado Nación, de las cuales 42 corresponden a la OPEC 147212 Gestor T1 Grado 16.

Para efectos de llevar a cabo el trámite del concurso, la Comisión Nacional del Servicio Civil contrató los servicios de la Universidad Libre de Colombia, para desarrollar el proceso de selección para la provisión de empleos vacantes desde la etapa de verificación de requisitos mínimos hasta la publicación de resultados definitivos de las pruebas de Competencias Básicas, Funcionales y Comportamentales de la convocatoria, pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa.

Se postulo a la Oferta Pública de Empleo de Carrera (OPEC) con código 147212, denominado GESTOR T1 GRADO 16, para la AGENCIA DE RENOVACIÓN DE

TERRITORIO - ART. De la Convocatoria NACIÓN 3, de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, quedando inscrita con éxito al cumplir con los requisitos mínimos exigidos para el empleo.

Expone que el Concurso tendría las siguientes fases: Convocatoria y divulgación; Adquisición de Derechos de Participación e Inscripciones para el Proceso de Selección en la modalidad de Ascenso; Declaratoria de vacantes desiertas en el Proceso de Selección en la modalidad de Ascenso; Ajuste de la OPEC del Proceso de Selección en la modalidad Abierto, para incluir las vacantes declaradas desiertas en el Proceso de Selección en la modalidad de Ascenso; Adquisición de Derechos de Participación e Inscripciones para el Proceso de Selección en la modalidad Abierto; Verificación de Requisitos Mínimos, en adelante VRM, de los participantes inscritos en cualquier modalidad de este proceso de selección; Aplicación de pruebas escritas a los participantes admitidos en cualquier modalidad de este proceso de selección; Aplicación de la prueba de valoración de antecedentes a los participantes que superaron las pruebas escritas de este proceso de selección; Conformación y adopción de las Listas de Elegibles para los empleos ofertados en este proceso de Selección.

Afirmo que el día 9 de septiembre de 2022, la CNSC publicó los resultados de la valoración de antecedentes, obteniendo como resultado prueba: 74.60, ponderaron de la prueba: 30 y resultado ponderado: 22.38.

Informo que en contra la evaluación anterior presento reclamación porque dentro de la valoración de antecedentes se presentaron inconsistencias en relación con la valoración de educación informal y de experiencia profesional. Así las cosas, en el rango de educación informal (profesional) obtuvo 4 puntos por los cursos: Gestión de Conflictos Interculturales y Paz Territorial (100 horas), e Inspector interno Global GAP 5 y Módulo HACCP (32 horas). El resto de las certificaciones presentadas no fueron tenidas en cuenta argumentando: “El documento aportado no es tenido en cuenta para la asignación de puntaje, toda vez que, el concursante alcanzó el máximo establecido en el ítem de Educación Informal”. No obstante, de manera contradictoria no se le otorgan los 5 puntos correspondientes a la calificación máxima del ítem, que como indican los anexos al acuerdo se lograba con 160 horas horas de formación.

Como lo evidencia contaba con más de 160 horas de educación informal y tal como se plantea en la respuesta a la reclamación de la valoración de antecedentes que interpuso, con Radicado de Entrada No. 543266905. Asunto: Respuesta a la reclamación contra los resultados publicados de la prueba de Valoración de Antecedentes... “el concursante alcanzó el máximo establecido en el ítem de educación informal”. No obstante, como ya se indicó, el máximo puntaje en educación informal eran 5 puntos, de los cuales le fueron asignados 4.

Señaló que, mediante respuesta del 21 de octubre de 2022, la Universidad Libre en representación de la CNSC ratificó la puntuación otorgada, bajo el siguiente argumento central: “Respecto a su petición de validación para asignación de puntaje para el Diplomado en EDUCACIÓN Y GESTIÓN AMBIENTAL, nos permitimos indicarle que, durante la etapa que nos concierne, se procedió a realizar el análisis pertinente, efectuando la comparación entre el documento aportado, con las funciones del empleo en el que Usted concursa, denotando que, no fue posible evidenciar similitud alguna que permita inferir que la formación en educación informal adquirida por el concursante, guarde la correlación que demanda la OPEC para la cual concursa., toda vez que teniendo en cuenta el enfoque del título otorgado el cual es de EDUCACIÓN AMBIENTAL, el cual no guarda relación con las siguientes de la OPEC 147212 que tiene un enfoque de EJECUCIÓN Y DESARROLLO DE PROYECTOS”. Argumentación que no es de recibo, toda vez que no solo el componente ambiental es transversal a todas las fases de desarrollo del ciclo de un proyecto (formulación, ejecución, evaluación y operación) sino que cuento con otras certificaciones que tienen directa relación con la OPEC a la cual me presenté y que están siendo desestimadas.

Ahora bien, respecto a las inconsistencias en el ítem valoración de experiencia profesional, se tiene que, el concurso exigía como requisito mínimo de experiencia profesional 37 meses de experiencia profesional relacionada. A la fecha de cierre de la inscripción del concurso (20 de abril de 2021), solo con la certificación laboral de la Agencia de Renovación del Territorio, contaba ya con 42 meses de experiencia profesional relacionada, superando el mínimo exigido. Sin embargo, los evaluadores al momento de realizar la ponderación de requisitos mínimos de experiencia profesional

relacionada, decidieron incluir a dicha valoración dos certificaciones adicionales (TETRA TECH ARD INC SUCURSAL COLOMBIA y LUIS GERARDO HEREDIA CAICEDO), que suman 28 meses más, para un total de 70 meses, decisión que no se comprende por resultar innecesaria, en tanto que como ya se indicó, el puntaje requerido era de 37 meses, que se suplían con una sola de las certificaciones (Agencia de Renovación del Territorio – 42 meses). Invalidando así, la posibilidad de que dicha experiencia (TETRA TECH ARD INC SUCURSAL COLOMBIA y LUIS GERARDO HEREDIA CAICEDO), le fuese cuantificada en la etapa de valoración de antecedentes. (Ver folio 9) escrito de tutela.

En cuanto a la experiencia en la valoración de antecedentes, el concurso evaluó la experiencia profesional y la experiencia profesional relacionada. Que, conforme a los anexos de los acuerdos, dicho criterio sería ponderado de la siguiente manera (Folio 10) escrito de tutela. b) Empleos del Nivel Profesional (...) Con relación a la experiencia profesional, los resultados en la valoración de antecedentes fueron (Cuadro No 13, folios 10, 11, 12 del escrito de tutela). Indico que, En la experiencia profesional que como máxima puntuación tenía 15 puntos, si el concursante demostraba 37 o más meses de experiencia, se presentan dos errores en el proceso de evaluación:

A) Si se tiene en cuenta las experiencias que la Universidad Libre indica estar teniendo en cuenta para la valoración de experiencia profesional, mi 13 puntuación sería como se muestra a continuación (cálculo realizado con la fórmula) (Folio 13 y 14). Sumatoria, que superaría ligeramente la máxima puntuación de experiencia profesional posible, que es de 15 puntos.

Alegó, que el pasado 21 de octubre de 2022, recibió respuesta lacónica a su reclamación, toda vez se evidencia ausencia de análisis del caso concreto, absteniéndose de resolver las solicitudes particulares que efectuó y limitándose a proporcionar una respuesta vaga y general, faltando a los principios que debe contener una contestación de este carácter, en detrimento de mis posibilidades. Indicando simplemente:

“Sin dejar de lado que, al inscribirse el aspirante acepta todas las condiciones y reglas establecidas para este proceso de selección, consentimiento que se estipula como requisito general de participación de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo que regula la Convocatoria.

Lo anterior significa que previo a la inscripción, correspondía a cada aspirante revisar detalladamente los requisitos y funciones del empleo, y verificar que los documentos aportados con miras a la asignación de puntaje en la prueba de valoración de antecedentes se relacionaran con el empleo para el cual aplicaban.

Ahora bien, frente a su solicitud de validar los folios allegados por usted para puntuar experiencia profesional se le indica que, los documentos aportados resultan insuficientes para otorgar puntaje adicional en este ítem, toda vez que, estos ya han sido tomados para alcanzar el máximo dentro del acápite de experiencia profesional relacionada.

La presente decisión responde de manera particular a su reclamación; no obstante, acoge en su totalidad la atención de la respuesta conjunta, única y masiva que autoriza la Sentencia T-466 de 2004 proferida por la Corte Constitucional, así como las previsiones que para estos efectos fija el Artículo 22 del CPACA, sustituido por el Artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.”

Asevera que, de acuerdo con sus antecedentes y a lo demostrado con su hoja de vida, su puntuación demostrada correspondería a 80 puntos.

Conforme a lo anterior recurre a este mecanismo por encontrar vulnerados sus derechos, toda vez que el no tener en cuenta su experiencia y formación en el marco de la integralidad, le resta 1.62 puntos, desmejorando en consecuencia, su ubicación en la lista.

Finalmente, solicita Tutelar sus derechos fundamentales al debido proceso, a una información pública, transparente y veraz, a la igualdad, al acceso a la función pública, al principio de seguridad jurídica y buena fe.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Universidad Libre de Colombia, se corrija el puntaje obtenido por ella, en el Concurso Abierto de Méritos de la Agencia de Renovación del Territorio, a través del proceso denominado Nación 3 para la OPEC 147212, conforme a lo que corresponde y se ha argumentado en esta acción constitucional, para cada caso citado, o en su defecto las que el juez ordene según su valoración, se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a la Universidad Libre de Colombia actualizar en el aplicativo SIMO” (sic)

DECISIÓN DE TUTELA EN PRIMERA INSTANCIA

El 17 de noviembre de 2022, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Popayán, Cauca, declaró la improcedencia de la acción de tutela presentada por la señora Isabel Cristina Solarte Salazar en contra de la Comisión Nacional de Servicio Civil y la Universidad Libre, trámite al que fueron vinculados los participantes del Concurso Abierto de Méritos de la Agencia de Renovación del Territorio, a través del proceso denominado Nación 3, para la OPEC 147212.

La adoptar dicha decisión, en primer lugar, la primera instancia recordó que conforme al art. 86 de la CN y el num 6 del art. 1 del decreto 2591 de 1991 la acción de tutela procede *“aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, si la misma se utiliza “como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”, caso en el cual la decisión de amparo constitucional se mantendrá vigente solo durante el término que utilice la autoridad judicial competente para decidir de fondo sobre la acción ordinaria instaurada por el afectado. La segunda, en virtud de la cual, será procedente la tutela así existan otros medios de defensa judicial, siempre que los mismos no sean idóneos ni eficaces para enfrentar la amenaza o la vulneración de los derechos fundamentales invocados, caso en el cual la decisión del juez de tutela tiene un carácter definitivo”*. En ese orden de ideas, recordó que, la acción de tutela no está instituida para reemplazar otros medios judiciales de defensa de los derechos de las personas, ni para ser utilizada de forma alterna en caso de que tales medios de defensa judicial no hubieren resultado suficientes.

Acto seguido, el a-quo realizó un análisis jurisprudencial de la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, descendiendo enseguida, la caso en concreto, en el que indicó, que la controversia planteada por la actora, gira en torno al puntaje que le fue otorgado al valorar los documentos aportados para acreditar la educación formal y la experiencia relacionada, pues mientras los demandados afirman que valoraron de acuerdo a la reglas del concurso los documentos allegados por la accionante, está riñe con lo manifestado por estos.

En ese sentido, señaló que el “núcleo central de esta acción de tutela, está basada en una interpretación normativa disímil que generó la expedición de un acto administrativo de carácter particular, concreto, positivo y creador de derechos (crea derechos a quienes están en lista dentro de las vacantes ofrecidas y no una mera expectativa de acceso a cargos públicos que tienen quienes participaron en el concurso de méritos), este acto administrativo no es otro que la lista de elegibles ya conformada para el caso en estudio y frente a lista de elegibles como acto administrativo, existen claras reglas jurisprudenciales para la procedencia, o no, del amparo Constitucional a través de la acción de tutela”. (sic)

Teniendo en cuenta lo anterior, indicó que conforme a la abundante jurisprudencia constitucional¹, que existe de cara a los actos proferidos en el marco de los concursos de méritos, la acción de tutela resulta improcedente, como quiera que los mismos son susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, donde el control se realiza a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, centrándose el debate se “central de la controversia debatida en esta tutela es la interpretación , diferente, que hacen las partes en conflicto (Accionante y entidades accionadas) frente a las normas de la convocatoria y la valoración que de ellas se extrae para la calificación de la educación informal y antecedentes en experiencia, controversia jurídica que escapa del debate Constitucional a través de la acción de tutela, debido ello a la subsidiariedad que caracteriza esta acción Constitucional y la prohibición de suplir al juez natural a través de la misma” (sic).

Así las cosas, después de citar en extenso un aparte de una sentencia de la Corte Constitucional sin identificar, señaló que la acción de tutela en este caso en particular resultaba improcedente, y así lo declaró en la parte resolutive del fallo.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia, dijo la señora Isabel Cristina Solarte Salazar, señaló que la argumentación del fallo se basó en el supuesto hecho de que la lista de elegibles ya existía, lo que no es cierto, pues la misma sólo se publicaría el 15 de diciembre de 2022, ello, de acuerdo a la información que figura en la página web de la Comisión Nacional del Servicios Civil -CNSC-.

¹ Corte Constitucional, sentencias T-388 de 1998, T-095 de 2002, SU- 913 de 2009, T-556 de 2010, T-169 de 2011, T-156 de 2012, T-604 de 2013, T-180 de 2015, T-610 de 2017, T-438 de 2018, T-227 de 2019, T-425 de 2019, entre otras

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

A la Sala le asiste competencia funcional para conocer del presente asunto, por tratarse de la impugnación de una sentencia emitida por un Juzgado con categoría del Circuito, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 en concordancia con el artículo 1° del Decreto 333 de 2021, a través del cual se modificó el artículo 2 .2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, al fungir el Tribunal como Superior funcional del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Popayán (Cauca).

2. Planteamiento del problema jurídico

1.- Determinar si, la Comisión Nacional de Servicio Civil -CNSC-, y Universidad Libre-, vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, a una información pública, transparente y veraz, a la igualdad, al acceso a la función pública, el principio de seguridad jurídica y buena fe, de la señora Isabel Cristina Solarte Salazar, al no validar todos los documentos por ella aportados, para acreditar la educación formal y la experiencia laboral relacionada, los cuales le permiten ubicarse en un mejor puesto dentro de la lista de elegibles, para optar por el cargo de OPEC 147212 Gestor T1 Grado 16, en la planta de personal de la Agencia de Renovación del Territorio, para el cual se inscribió dentro de la convocatoria *“Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la **AGENCIA DE RENOVACIÓN DEL TERRITORIO -ART** identificado como Proceso de Selección No. 1498 de 2020 - Nación 3”*.

3. Consideraciones Jurídicas: A tal efecto, recordemos (artículo 86 de la Carta Política) que la acción de tutela es un instrumento jurídico previsto para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, por particulares.

3.1.- La tutela y los concursos de méritos.

En la sentencia T- 588-2008, con ponencia del Dr. M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, respecto a la convocatoria como norma reguladora la H. Corte Constitucional señaló:

" 3.1. En relación con la naturaleza de los concursos para proveer vacantes ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional que es el mecanismo idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole.

La Sala Plena de esta Corporación, en sentencia SU-133 de 1998, afirmó sobre el particular que: "La finalidad del concurso estriba en últimas en que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel de los concursantes que haya obtenido el más alto puntaje. A través de él se evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado"

En sentencia T- 256 de 1995 ¹, la Corte Constitucional señaló claramente la necesidad de respetar las bases del concurso:

"... Al señalarse por la administración las bases del concurso, estas se convierten en reglas particulares obligatorias tanto para los participantes como para aquélla; es decir, que a través de dichas reglas la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada, de modo que no puede actuar en forma discrecional al realizar dicha selección. Por consiguiente, cuando la administración se aparta o desconoce las reglas del concurso o rompe la imparcialidad con la cual debe actuar, o manipula los resultados del concurso, falta a la buena fe (art. 83 C.P.), incurre en violación de los principios que rigen la actividad administrativa (igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad), y por contera, puede violar los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de quienes participaron en el concurso y resultan lesionados en sus intereses por el proceder irregular de aquélla."

De conformidad con la anterior jurisprudencia que ha sido reiterada en varias oportunidades por esta Corporación², una vez definidas las reglas del concurso, las mismas deben aplicarse de manera rigurosa, para evitar arbitrariedades o subjetivismos que alteren la igualdad o que vayan en contravía de los procedimientos que de manera general se han fijado en orden a satisfacer los objetivos del concurso. De este modo, el concurso se desenvuelve como un trámite estrictamente reglado, que impone precisos límites a las autoridades encargadas de su administración y ciertas cargas a los participantes."

3.2. Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos expedidos en el marco de concursos de méritos. Reiteración de jurisprudencia.

En Sentencia T —090 de 2013, con ponencia del Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, la Corte Constitucional se refirió a la acción de tutela como mecanismo excepcional para controvertir actos administrativos, indicando que:

3.1. En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde /a demanda como medida cautelar la suspensión del acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.

3.2. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.

La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado.

Centrando nuestro estudio en la primera subregla antedicha, esto es, cuando la tutela procede excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, esta Corporación ha sido constante en afirmar que, tratándose de la provisión de cargos públicos mediante el sistema de concurso de méritos, el único perjuicio que habilita el amparo es aquel que cumple con las siguientes condiciones: "(O se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; O de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido; (iii) su ocurrencia es inminente; (iv) resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y, (y) la gravedad de los hechos, es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales". Si el accionante no demuestra que el perjuicio se enmarca en las anteriores condiciones, la tutela deviene improcedente y deberá acudir a las acciones contencioso-administrativas para cuestionar la legalidad del acto administrativo que le genera inconformidad.

3.3. En este orden de ideas, podemos concluir que en materia de acción de tutela contra actos administrativos, la regla general es la improcedencia, lo cual no obsta para que, en casos excepcionales, cuando se demuestre la existencia de un perjuicio irremediable, el juez pueda conceder la protección transitoria en forma de suspensión de los efectos del acto administrativo, mientras la jurisdicción competente decide de manera definitiva sobre la legalidad del acto.

Quiero ello decir que si el afectado no demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable que afecte o amenace algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna improcedente aun cuando fuere invocada como mecanismo transitorio, toda vez que en atención al carácter subsidiario, residual y proteccionista de derechos fundamentales que la Constitución asignó a la tutela, no es posible pasar por alto u obviar los otros medios de defensa con que cuenta el interesado, máxime cuando se trata de acciones contenciosas administrativas en las cuales se puede solicitar como cautela la suspensión del acto cuestionado en procura de hallar idoneidad y eficacia suficiente para evitar la consumación de un posible daño.

4.- Presentación y resolución del caso concreto

En primer lugar, antes de entrar a estudiar el fondo de este asunto, debe verificarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contemplados en el artículo 86 de la Carta Política y en el Decreto 2591 de 1991.

Legitimación en la causa por activa: El inciso primero del artículo 86 Constitucional consagra el derecho que tiene toda persona de reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados, mediante un procedimiento preferente y sumario. Igualmente, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 establece que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales podrá ejercer la acción descrita por sí mismo o por representante, o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa.

En este asunto, estima esta Colegiatura que el requisito de legitimación en la causa por activa se encuentra satisfecho puesto que, es la propia actora, la señora Isabel Cristina Solarte Salazar quien acude directamente ante el aparato jurisdiccional con el propósito de salvaguardar sus intereses, como quiera que afirma los accionados vulneraron sus derechos fundamentales al no validar todos los documentos por ella aportados, para acreditar la educación formal y la experiencia laboral relacionada, los cuales le permiten ubicarse en un mejor puesto dentro de la lista de elegibles, para optar por el cargo de OPEC 147212 Gestor T1 Grado 16, en la planta de personal de la Agencia de Renovación del Territorio, para el cual se inscribió dentro de la convocatoria "*Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la **AGENCIA DE RENOVACIÓN DEL TERRITORIO -ART** identificado como Proceso de Selección No. 1498 de 2020 - Nación 3*".

Legitimación en la causa por pasiva: en la presente oportunidad, la actora interpuso acción de tutela en contra de Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y la Universidad Libre, siendo vinculados oficiosamente la Agencia de Renovación del Territorio ART y los aspirantes a la convocatoria Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Agencia de Renovación del Territorio -ART identificado como Proceso de Selección No. 1498 de 2020 - Nación 3 OPEC 147212 Gestor T1 Grado 16

La Sala considera que las dos accionadas tienen legitimación en la causa por pasiva por lo siguiente: la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC- conforme lo dispuesto artículo 31 de la Ley 909 de 2004, es la entidad que regula los concursos de méritos y la Universidad Libre, por ser la entidad que realizó y calificó las pruebas dentro de la convocatoria en la cual participó el accionante. Así mismo está legitimada Agencia de Renovación del Territorio ART, por ser la entidad convocante al concurso y la que ofrece los cargos, y los aspirantes a la convocatoria proceso de selección No. 1498 de 2020 - Nación 3 Proceso de Selección No. 1498 de 2020 - Nación 3.

Inmediatez: respecto de la oportunidad para su presentación, la demanda debe ejercitarse dentro de un término razonable que permita la protección inmediata del derecho fundamental presuntamente trasgredido o amenazado, pues, de lo contrario, el amparo constitucional podría resultar inocuo y, a su vez, desproporcionado frente a la finalidad que persigue, que no es otra que la protección actual, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales², exigencia que se concreta en este caso, pues la consulta que alega la accionante no ha sido atendida de fondo por los accionados fue presentada en el mes de septiembre 2022, por lo que se estima razonable el término dentro del cual el actor acudió a la acción de tutela.

De la subsidiaridad: el principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte Constitucional ha señalado que “*permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos*”. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los

² Corte Constitucional. M.P Sentencia T-022-2017

recursos jurisdiccionales con los que cuentan para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

En este caso, la inconformidad de la señora Isabel Cristina se relaciona con el hecho de que, en septiembre de 2022 presentó reclamación ante la Comisión Nacional de Servicio Civil -CNSC- y la Universidad Libre, como quiera que pese a haber superado las pruebas escritas y psicotécnicas para acceder cargo OPEC 147212 Gestor T1 Grado 16, en la planta de personal de la Agencia de Renovación del Territorio, para el cual se inscribió dentro de la convocatoria *“Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la **AGENCIA DE RENOVACIÓN DEL TERRITORIO -ART** identificado como Proceso de Selección No. 1498 de 2020 - Nación 3”*, a su modo de ver *“se presentaron inconsistencias en relación con la valoración de educación informal y de experiencia profesional. Así las cosas, en el rango de educación informal (profesional) obtuvo 4 puntos por los cursos: Gestión de Conflictos Interculturales y Paz Territorial (100 horas), e Inspector interno Global GAP 5 y Módulo HACCP (32 horas). El resto de las certificaciones presentadas no fueron tenidas en cuenta argumentando: “El documento aportado no es tenido en cuenta para la asignación de puntaje, toda vez que, el concursante alcanzó el máximo establecido en el ítem de Educación Informal”. No obstante, de manera contradictoria no se le otorgan los 5 puntos correspondientes a la calificación máxima del ítem, que como indican los anexos al acuerdo se lograba con 160 horas horas de formación.*

Como lo evidencia contaba con más de 160 horas de educación informal y tal como se plantea en la respuesta a la reclamación de la valoración de antecedentes que interpuso, con Radicado de Entrada No. 543266905. Asunto: Respuesta a la reclamación contra los resultados publicados de la prueba de Valoración de Antecedentes... “el concursante alcanzó el máximo establecido en el ítem de educación informal”. No obstante, como ya se indicó, el máximo puntaje en educación informal eran 5 puntos, de los cuales le fueron asignados 4³.

Pues bien, sea lo primero señalar que el concurso público se ha establecido como una herramienta de garantía por excelencia para que el mérito de los

³ Tomado del fallo de primera instancia.

aspirantes que pretenden acceder a un cargo de la función pública, predomine ante cualquier otra determinación.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"El concurso público se constituye en la herramienta de garantía por excelencia para que el mérito de los aspirantes que pretenden acceder a un cargo de la función pública predomine ante cualquier otra determinación. Este concurso despliega un proceso en el cual se evalúan las calidades de cada uno de los candidatos bajo condiciones de igualdad, de manera tal, que se excluyan nombramientos "arbitrarios o clientelistas o, en general, fundados en intereses particulares distintos de los auténticos intereses públicos."

El concurso público es entonces un procedimiento mediante el cual se certifica que la selección de los aspirantes para ocupar cargos públicos se funde en la "evaluación y en la determinación de la capacidad e idoneidad de éstos para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo", de tal manera que "se impide la arbitrariedad del nominador" y de este modo se imposibilita el hecho de que "en lugar del mérito, se favorezca criterios subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (..), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante.

Revisado el expediente, encuentra la Sala, que como quiera que lo que pretende la accionante es que se valide todos los documentos por ella aportados, para acreditar la educación formal y la experiencia laboral relacionada, los cuales le permiten ubicarse en un mejor puesto dentro de la lista de elegibles, para optar por el cargo de OPEC 147212 Gestor T1 Grado 16, en la planta de personal de la Agencia de Renovación del Territorio, para el cual se inscribió dentro de la convocatoria "Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la AGENCIA DE RENOVACIÓN DEL TERRITORIO -ART identificado como Proceso de Selección No. 1498 de 2020 - Nación 3" es claro que, como bien lo dijo el a-quo en la sentencia que se revisa, que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para tal fin, para ello, el legislador en la jurisdicción ordinaria creó mecanismos a través de los cuales se resuelven este tipo de controversias, donde con suficiente tiempo se pueden practicar las pruebas correspondientes, a efectos de verificar la veracidad de las afirmaciones realizadas por la actora.

Recuérdese, que la acción de tutela fue creada como un mecanismo judicial preferente que garantizar de manera efectiva la protección inmediata de los derechos fundamentales, se caracteriza por ser residual y subsidiaria, es decir, que su procedencia está limitada a que en el ordenamiento jurídico no exista otro medio de defensa judicial apto y eficaz para la defensa del derecho vulnerado o amenazado, salvo que de existir se utilice como mecanismo transitorio ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable, y en este caso, claro que la actora puede acudir a la jurisdicción ordinaria a efectos de plantear su inconformidad, pues se debe destacar que no se demostró que se le estuviese causando un perjuicio irremediable.

Y es que esta Sala debe recordar, que la Corte Constitucional con el objeto de establecer si se está en presencia o no de un perjuicio irremediable, ha establecido unas pautas que debe analizar el Juez al momento de determinar la procedencia o no del análisis del caso. En la sentencia T-425 de 2019 el Alto Tribunal recordó las mismas:

La valoración del perjuicio irremediable, en tanto riesgo de afectación negativa, jurídica o fáctica a un derecho fundamental exige que concurren los siguientes elementos. Por una parte, debe ser cierto, es decir que existan fundamentos empíricos que permitan concluir que el riesgo que se pretende evitar sí puede ocurrir dentro del contexto fáctico y jurídico del caso. En otros términos, debe existir “plena certeza y convicción de la amenaza o vulneración del derecho invocado. Además, la certeza del riesgo debe tener una alta probabilidad de ocurrencia; no puede tratarse de una simple conjetura hipotética o una simple percepción del solicitante. De la misma forma, el riesgo debe ser inminente, o sea, que “está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo”.

Ahora bien, también se ha dicho por la Corte Constitucional que, de establecerse la existencia de otro medio judicial para salvaguardar los derechos, debe determinarse si el mismo resulta idóneo y eficaz en el caso en concreto, es decir, que sea “materialmente apto para a producir el efecto protector de los derechos fundamentales y debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho”⁴. Teniendo en cuenta ello, y con el fin de estudiar estas dos características (idoneidad y eficiencia) debe estudiarse en cada caso en concreto, si se cumplen las siguientes tres requisitos: “(i) si la utilización del medio o recurso defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela: (ii) si es posible hallar circunstancias que excusen o que justifiquen que el interesado no haya promovido los mecanismos ordinarios a su alcance (iii) si la persona que solicita el amparo es un

⁴ T-597 de 2015

sujeto de especial protección constitucional y por lo tanto, su situación requiere de particular consideración.”⁵

En ese sentido, el Órgano de Cierre Constitucional también ha señalado que en tratándose de concursos de méritos, *“la competencia del juez de tutela no se torna preferente simplemente porque los concursos de méritos tengan plazos cortos para su ejecución. De admitirse que el tiempo en que se surten las etapas de una convocatoria es una condición que limita per se la eficacia del medio ordinario, el juez constitucional se convertiría en el juez universal de los concursos. Precisamente, por lo anterior, esta Corte ha reconocido que, “la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta en la actualidad con las herramientas necesarias para garantizar la protección de los derechos fundamentales de forma igual o superior al de la acción de tutela, por parte de los jueces especializados en los asuntos del contencioso administrativo y también encargados de la protección de los derechos fundamentales”⁶*

Ello es así, por cuanto la Ley 1437 de 2011 da la posibilidad al Juez Administrativo a solicitud de parte, de decretar de urgencia medidas cautelares, teniendo en cuenta las especiales condiciones de cada caso, **decisión que es de cumplimiento inmediato**, de ahí que se afirme que la jurisdicción contenciosa administrativa es eficaz e idónea para el análisis del caso que hoy se analiza.

Ello, por cuanto si existe duda respecto de las certificaciones aportadas para acreditar la experiencias relacionada con el cargo para el cual se concursa y respecto de la validación de títulos, como lo es en este caso, el diplomado en Educación y Gestión ambiental que posee la accionante, respecto de la competencias, funciones y habilidades del cargo identificado con el número de OPEC 147212 Gestor T1 Grado 16, ofertado en el *“Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la **AGENCIA DE RENOVACIÓN DEL TERRITORIO -ART** identificado como Proceso de Selección No. 1498 de 2020 - Nación 3”*, el Juez Administrativo podrá decretar las pruebas que considere pertinentes, a fin de establecer sí es posible o no, atendiendo las reglas establecidas en la convocatoria validar y otorgar puntaje al título presentado por la actora.

De ahí que la afirmación de la accionante, en el sentido de que la acción de tutela por ser más ágil es la idónea para resolver sus pretensiones no es de recibo, ya que, además, a través de la tutela no se pueden adoptar decisiones de manera concreta ante hechos que generen incertidumbre, sino que se ha

⁵ Ibidem.

⁶ Sentencia T 425 de 2019

de verificar si en efecto, se haya violado o se esté amenazando un derecho fundamental.

En este sentido la máxima autoridad Constitucional ha manifestado:

"Si bien la acción de tutela tiene como una de sus características la informalidad, el juez tiene el deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea el caso.

Así, ha estimado esta Corte que: "un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya transgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario.⁷

Según el anterior aparte jurisprudencial, la informalidad de la acción de tutela no exonera a la accionante de su deber de demostrar, siquiera sumariamente, la violación concreta al derecho fundamental; el máximo Tribunal Constitucional indica además que la falta de prueba sobre este aspecto imposibilita al Juez para conceder el amparo Constitucional.

En este caso no cuenta la Sala con elemento alguno que permita señalar que, en efecto las certificaciones aportadas para acreditar la experiencia relacionada con el cargo para el cual se concursó y el diploma en Educación y Gestión ambiental que posee la accionante, satisfaga el propósito general de la OPEC, para la cual participó.

Esta Sala entiende el interés que tiene la libelista en el sentido de ocupar un mejor puesto en la lista de elegibles del proceso de selección en el que participó, pero también es claro, que no hay elementos de juicio que permitan señalar que los accionados incumplieron las reglas del concurso, y que, por capricho, no validaron el diploma presentado por la accionante.

Además, no se puede perder de vista, que el Acuerdo No. 20201000003546 del 28 de noviembre de 2020 *"Por el cual se convoca y se establecen las reglas del Proceso de Selección, en las modalidades de Ascenso y Abierto, para proveer los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la **AGENCIA DE RENOVACIÓN DEL***

⁷ Corte Constitucional: Sentencias T-760/2008, M.P. Mauricio González Cuervo. Sentencia 1-819/2009, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia T-153 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

TERRITORIO -ART identificado como *Proceso de Selección No. 1498 de 2020 - Nación 3'*, mismo que contiene los lineamientos generales que direccionan el desarrollo del Proceso de Selección No. 1498 de 2020 - Nación 3, para la provisión de los empleos en vacancia definitiva pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la AGENCIA DE RENOVACIÓN DEL TERRITORIO - ART, el cual, conforme lo establece el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, es norma reguladora del concurso y obliga tanto a la CNSC, como a la entidad convocante y a sus participantes.

Así las cosas, es claro que la acción de tutela en este asunto es improcedente, por lo que habrá de confirmarse la sentencia impugnada.

Por los anteriores razonamientos, **el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán Cauca, Sala de decisión Constitucional, en nombre de República y por autoridad de la Ley,**

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 17 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Popayán, Cauca, a través de la cual declaró improcedente la demanda interpuesta por la señora Isabel Cristina Solarte Salazar contra la Comisión Nacional de Servicio Civil - CNSC- y la Universidad Libre.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta determinación a las partes, al tenor de lo preceptuado en el Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR por Secretaría, una vez en firme este fallo, el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados,



JESUS ALBERTO GÓMEZ GÓMEZ



JESUS EDUARDO NAVIA LAME



MARIA CONSUELO CÓRDOBA MUÑOZ